

Rechte Dritter gefährde », ungebührlicherweise beeinträchtigt sei. Hinsichtlich der Kündigung sind beide Parteien gleichgestellt. Der Umstand, dass der Vermieter aus der kurzen Vertragsdauer eher Vorteil ziehen konnte, als der Mieter, bedingt keine dem sittlichen Gefühl widersprechende Verletzung der Parität der Parteien. Eine einjährige Mietzeit ist nichts Ungewöhnliches. Zudem hatte der Kläger das Recht, den Vertrag zu erneuern. Er hat von diesem Rechte auch Gebrauch gemacht, und dann den Vertrag selbst gekündigt. Die Vereinbarung, wonach bei Aufhebung des Mietverhältnisses der Mieter die im Miethause getroffenen Einrichtungen ohne Entschädigung zurückzulassen hatte, war dadurch bedingt und gerechtfertigt, dass Baumgartner dem Kläger die zur Einrichtung erforderlichen Geldmittel ohne Sicherheit geliehen hatte. Die Klausel kann daher mit Grund nicht als eine « horrende » bezeichnet werden, durch welche eine offenbare Ungleichheit der Vertragsrechte begründet würde. Allerdings müsste ein Vertrag, der die persönliche oder wirtschaftliche Freiheit einer Partei in ungehöriger Weise oder in zu weitgehendem Umfange beschränken würde, als sittenwidrig betrachtet werden. Die Beschränkung der Freiheit, die mit der Übernahme jeder Verpflichtung verbunden ist, darf nicht so weit gehen, dass sie die wichtigsten Lebensgüter des Schuldners gefährdet, seine freie Lebensbetätigung aufhebt oder ihn der schrankenlosen Willkür des Gläubigers unterwirft. Davon kann aber hier nicht die Rede sein. Der Kläger war und blieb in der Benutzung und Bewirtschaftung des Miethauses vollständig frei und vom Vermieter unabhängig, und er konnte zudem das Vertragsverhältnis jederzeit auf absehbare Frist lösen. Auch von einer ungebührlichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechte oder der wirtschaftlichen Betätigung des Klägers im allgemeinen kann schlechterdings nicht gesprochen werden. Er hat, trotz vielfachen Warnungen, die Einrichtung und den Betrieb

der Heilbadanstalt unternommen, und dieses Unternehmen nach seiner eigenen Auffassung und ohne Beeinflussung durch den Vermieter durchgeführt. Für die Folgen dieser Spekulation hat er selbst, und nur er einzustehen. So wenig als der Vermieter für dieselben haftbar gemacht werden kann, so wenig ist er für die Rechtsgeschäfte verantwortlich, welche der Kläger zufolge des Mietvertrages mit Dritten abgeschlossen hat. Es fehlt jeder ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Vermieters bzw. dem Mietvertrag als solchen und dem den Lieferanten des Mieters allenfalls entstandenen Schaden. Zudem würde entgegen der Auffassung der Vorinstanz eine Gefährdung der Rechte Dritter nicht etwa die Kontrahenten zur Anfechtung des Mietvertrages wegen Verstosses gegen die guten Sitten berechtigen, sondern alsdann höchstens die Erhebung einer Anfechtungsklage im Sinne der Art. 285 ff. SchKG durch die Gläubiger, deren Rechte verletzt wären, gegen den erfolglos betriebenen oder in Konkurs gefallenen Schuldner in Frage kommen.

56. Arrêt de la II^e Section civile du 19 octobre 1927
dans la cause **Epoux Blank-Mollet contre Thomas.**

Vente d'un commerce avec clause prohibitive de concurrence. — Contravention à la défense. — Action négative de droit et en dommages-intérêts. — Faillite du défendeur. — Acquiescement de la masse. — Continuation de la concurrence par le défendeur et par sa femme. — Nouveau procès intenté contre les époux. — Effet de l'acquiescement pour la seconde action. — Portée de la prohibition pour la femme du défendeur. — Solidarité imparfaite (art. 97 et sv. et 48 CO).

A. — Ernest Blank exploitait à Vevey deux magasins, l'un, sis rue de la Poste, portait pour enseigne « Epicerie, charcuterie, œufs, beurre », l'autre, sis rue du Lac, était une « Fromagerie-charcuterie ». Dans les deux magasins

Blank vendait principalement du fromage en détail ; en outre il exploitait un commerce de fromage en gros.

Désirant remettre ses magasins, Blank inséra des annonces dans les journaux. L'une d'elles tomba sous les yeux de Stéphane Thomas, domicilié en France, où il avait été rédacteur de journal et marchand de confections, et qui cherchait à reprendre un commerce en Suisse.

Thomas entra en relations avec Blank et conclut avec lui le 13 mars 1925 deux contrats séparés, à teneur desquels il achetait les deux fonds de commerce de la rue de la Poste et de la rue du Lac, le premier pour 21 000 fr., le second pour 6000 fr., ces prix comprenant « les pratiques et achalandages..... et les objets mobiliers..... » L'acheteur s'engageait en outre à reprendre toutes les marchandises qui se trouveraient dans les magasins lors de son entrée en possession fixée au 25 avril 1925. Les deux contrats, qui conféraient le droit à Thomas de prendre la qualité de successeur de Blank, renfermaient la clause suivante :

« Comme condition essentielle de la présente vente, M. E. Blank, à Vevey, s'interdit expressément de former ou de faire valoir directement ou indirectement aucun autre établissement similaire à celui vendu, dans la commune de Vevey ou dans un rayon de cinq km. de cette commune, pendant la durée de trois ans, sous peine de dommages-intérêts. »

Thomas paya intégralement les prix fixés pour les reprises et en outre 9719 fr. 30 pour les marchandises se trouvant rue de la Poste et 2325 fr. 50 pour celles se trouvant rue du Lac. La valeur des objets mobiliers n'étant pour le premier magasin que de 3000 fr. et de 2000 fr. pour le second, le prix payé pour la clientèle était en réalité de 18 000 fr. pour le commerce de la rue de la Poste et de 4000 fr. pour le commerce de la rue du Lac.

Après la remise des magasins, Thomas ayant manifesté l'intention de vendre du fromage en détail sur le

marché, Blank lui offrit ses services et, pendant deux ou trois mois, vendit du fromage et d'autres denrées au marché de Vevey au nom et pour le compte de Thomas et écoula en même temps, avec l'autorisation de ce dernier, quelques morceaux de fromage taré appartenant à lui Blank.

Dès la fin de juin, Thomas vendit lui-même au marché son fromage et ses autres denrées, et il se passa dès lors des services de Blank.

Par lettre du 20 août 1925, Thomas se plaint auprès de Blank, l'accusant de violer la prohibition de lui faire concurrence : en vendant du fromage en détail, 1° dans la cave que Blank avait gardée à la rue de la Poste pour son commerce de gros, 2° au marché par l'intermédiaire d'un prête-nom Berger, ancien coupeur de casquettes. Blank répond le 12 septembre qu'il n'a « plus à prendre de ménagements » envers Thomas et ajoute : « La suite va me prouver si oui ou non je suis en droit de faire des marchés pour moi, si bon me semble ». Et il fait paraître dans la Feuille d'Avis de Vevey des annonces de vente de fromages en gros et mi-gros, à des « prix spéciaux pour magasins ».

B. — Par exploit du 29 septembre 1925 Thomas a intenté action contre Ernest Blank en concluant à ce qu'il plût au Tribunal civil de Vevey : 1° faire défense à Blank de vendre du fromage en détail, ou toute autre denrée, directement ou indirectement, dans ses magasins, et 2° le condamner à payer au demandeur 4000 fr. de dommages-intérêts, avec intérêts à 5 % dès le 28 septembre 1925.

Le défendeur fut déclaré en faillite le 22 février 1926. Le demandeur intervint dans la faillite pour sa prétention de 4000 fr. et en outre pour une nouvelle prétention de 12 000 fr. « pour dol lors des remises de commerce ». Le failli contesta ces deux productions. L'administration écarta la prétention de 12 000 fr. et pour celle de 4000 fr. renvoya au jugement à intervenir dans le procès introduit

par Thomas. Celui-ci n'attaqua pas l'état de collocation.

Entre temps, et même après la notification de l'exploit du 28 septembre, comme aussi après l'obtention d'un sursis concordataire, Blank avait continué de vendre en détail non seulement du fromage, mais encore d'autres denrées et Berger avait continué de tenir son banc au marché de Vevey. Après l'ouverture de la faillite, la femme de Blank obtint sa séparation de biens. Puis elle offrit d'acheter pour le prix de 2000 fr. les fromages du failli avec l'agencement et l'outillage. L'offre fut acceptée et l'adjudication eut lieu le 16 mars 1926. Quelques jours plus tard, dame Blank fit distribuer dans la ville de Vevey des annonces pour la vente d'un lot de fromages dans son commerce de gros, mi-gros et détail, cave rue de la Poste et à partir du 27 mars au marché. Effectivement dès cette date on vit le mari Blank vendant régulièrement au marché du beurre, du fromage, des œufs, etc. Quant à Berger, il ne réapparut plus au marché un ou deux marchés après le rachat des marchandises par dame Blank.

En raison de ces faits, Thomas a requis des mesures provisionnelles sur lesquelles il a transigé le 23 juin 1926 comme suit : « Ernest Blank s'interdit dès ce jour de paraître sur toute place de marché à Vevey et dans un rayon de cinq km., pendant les jours de marché », durant la litispendance.

Le 7 juillet la masse en faillite a « passé expédient » sur les conclusions prises par le demandeur Thomas. Blank n'est pas intervenu dans cet acte. Le même jour, une transaction mit fin à une autre action. Thomas était colloqué en 5^e classe dans la faillite Blank pour la somme de 4000 fr. sous déduction de 999 fr. 59 réclamée par Blank à Thomas suivant exploit du 12 décembre 1925. Sur la somme colloquée (3000 fr. 50), Thomas a touché un dividende de 526 fr. 30.

Dès le 7 juillet Blank recommença de tenir un banc au marché. Et le 21 juillet dame Ida Blank a fait inscrire au registre du commerce, sous son nom, un « commerce

de fromages en détail, gros et mi-gros ». Le 1^{er} septembre elle loua, également en son nom, un magasin et deux bureaux situés dans la rue de la Poste, tout près du magasin de Thomas. L'ouverture de ce commerce a été annoncée dans la Feuille d'Avis de Vevey du 3 septembre 1926. Le mari Blank prête à sa femme son concours pour la vente en détail. Il reçoit en qualité d'employé un salaire de 200 fr. par mois.

C. — Par exploit du 13 octobre 1926 Thomas a ouvert action contre les époux Blank en concluant à ce que la Cour civile vaudoise prononce que « c'est sans droit que les défendeurs vendent du fromage en détail ou en font vendre sur la place du marché à Vevey, ou en vendent dans le magasin exploité sous le nom de dame Ida Blank née Mollet à la rue de la Poste, à Vevey, ou vendent des pièces de fromage à des boulangers » ; en conséquence le demandeur réclamait paiement de 10 000 fr. avec intérêt à 5% dès la date de l'ouverture d'action.

Les défendeurs ont conclu au rejet de la demande.

D. — Par jugement du 25 mars/30 mai 1927 la Cour civile a prononcé :

« I. — La conclusion I de la demande est admise en ce sens que, dans la mesure indiquée par les considérants du jugement, il est constaté que c'est sans droit qu'Ernest Blank ou sa femme, Ida Blank née Mollet, vendent du fromage en détail, ou en font vendre sur la place du Marché à Vevey, ou en vendent dans le magasin exploité sous le nom de dame Ida Blank née Mollet, à la rue de la Poste à Vevey.

» II. La conclusion II de la demande est admise en ce sens qu'Ernest Blank et Ida Blank née Mollet sont les débiteurs solidaires de Stéphane Thomas et doivent lui faire prompt paiement, solidairement entre eux, de la somme de 3974 fr. 20, avec intérêts à 5% dès le 13 octobre 1926.

» III. Les conclusions du demandeur sont écartées pour le surplus.

» IV. Les conclusions libératoires des défendeurs

Ernest Blank et Ida Blank sont repoussées dans la mesure correspondante.

» V. Les frais et dépens de la cause sont mis à la charge des défendeurs, solidairement entre eux.»

E. — Les défendeurs ont recouru en réforme au Tribunal fédéral. Ils concluent : le mari Blank au rejet de la demande, subsidiairement à la réduction de l'indemnité et plus subsidiairement à la déduction de cette indemnité de la somme de 4000 fr. déjà allouée au demandeur ; dame Blank au rejet de la demande, subsidiairement à l'exclusion de toute solidarité avec le défendeur et à la réduction dans une très forte mesure de l'indemnité mise à sa charge.

Le demandeur a recouru par voie de jonction en reprenant intégralement sa réclamation de 10 000 fr. de dommages-intérêts. A l'audience de ce jour, le représentant du demandeur a déclaré que cette indemnité se rapportait à la période du 28 septembre 1925 au 13 octobre 1926.

Considérant en droit :

1. — Il convient d'examiner séparément la situation des deux défendeurs.

En ce qui touche le mari Blank, la demande renferme en réalité : 1° une action en constatation de l'inexistence d'un droit (negative Feststellungsklage) tendant à faire prononcer que c'est sans droit, soit en violation de ses obligations contractuelles (clause de prohibition de faire concurrence, contenue dans les contrats du 13 mars 1925), que Blank commet certains actes de concurrence ; 2° une action en paiement d'une somme d'argent à titre de réparation du dommage causé au demandeur par lesdits actes.

A ces deux actions le défendeur oppose l'exception de la chose jugée, tirée du passé-expédient (acquiescement) du 7 juillet 1926. Par cet acte, la masse en faillite de Blank a mis fin au premier procès introduit par

Thomas, qui tendait aussi 1° à faire cesser la concurrence de Blank que le demandeur jugeait contraire aux contrats du 13 mars 1925 et 2° à faire condamner Blank à des dommages-intérêts en raison de cette concurrence.

Dans la mesure où l'exception *rei judicatae* est opposée à l'action négative du prétendu droit, on ne saurait nier que le premier chef de conclusions de l'une et l'autre demandes a le même objet. Mais cette action ne visait pas les biens de la masse, elle s'attaquait à un droit éminemment personnel et partant inaliénable du failli. La masse n'avait donc pas qualité pour acquiescer à une demande tendant à faire interdire au failli certains actes de concurrence ; seul le failli aurait pu s'incliner ; il ne l'a pas fait. Même après le 7 juillet, Thomas aurait été en droit d'exiger que le procès fût continué contre Blank personnellement en ce qui concernait la prohibition de faire concurrence, à moins que Blank n'adhérât lui-même aux conclusions du demandeur (cf. JAEGER, note 2 sur art. 207 LP). Thomas ne l'a pas exigé. Quant à la question de savoir s'il était néanmoins recevable à introduire contre Blank une seconde action négative de droit, c'est une question de procédure relevant du droit cantonal et échappant à la connaissance du Tribunal fédéral.

Pour ce qui est des dommages-intérêts, il appartenait à la masse de prendre position à l'égard de la créance de 4000 fr. produite par Thomas. L'admission de cette prétention a mis fin au litige sur ce point, sans possibilité pour Thomas ou pour le failli de poursuivre le procès entre eux (v. JAEGER, note 9 sur art. 207 LP ; RO 18 p. 932). Toutefois, en vertu de l'art. 265 I LP, le failli a le droit d'opposer à une réclamation ultérieure pour le montant resté à découvert une exception tirée de l'inexistence de la dette lorsque l'acte de défaut de biens ne porte pas la mention que le failli a reconnu la créance ou que la contestation se fonde sur des circonstances postérieures à la reconnaissance (JAEGER,

note 6 sur art. 265 ; RO 26 II p. 479 et sv. ; 52 III p. 131 et sv.). D'où il suit logiquement que si, plus tard, le demandeur actionne le failli en paiement du montant à découvert et que le défendeur lui oppose l'exception d'inexistence de la dette, le juge ne saurait rejeter la demande parce que se heurtant à la chose jugée en raison de l'acquiescement de la masse (JAEGER, note 9 sur art. 207, 1 sur art. 250 et notamment 6 sur art. 265). C'est donc à tort que le défendeur excipe de la chose jugée relativement à la réclamation de 4000 fr., sous déduction du dividende que le créancier a déjà touché, pour faits de concurrence antérieurs au 28 septembre 1925. Le demandeur prétend, il est vrai, aujourd'hui que sa réclamation n'a trait qu'aux faits postérieurs à cette date, mais c'est là une modification inadmissible du fondement de l'action (art. 80 OJF). Le défendeur n'ayant pas excipé du défaut de retour à meilleure fortune, le Tribunal fédéral n'a pas à suppléer d'office ce moyen, qui eût été opposable à l'action en paiement du montant à découvert.

La solution est la même en ce qui concerne le dommage causé par les actes de concurrence postérieurs au 28 septembre 1925, mais antérieurs au 22 février 1926, date du jugement de faillite. La réparation de ce dommage aurait dû être réclamée dans la faillite ; elle ne l'a pas été. La prétention de 12 000 fr. a un autre fondement juridique (dol lors des remises de commerce). Dès lors l'art. 267 LP est applicable, à teneur duquel « les créances qui n'ont pas participé à la liquidation sont assimilées aux actes de défaut de biens ». Ici encore, l'exception de défaut de retour à meilleure fortune n'a pas été soulevée.

Les conclusions du demandeur dirigées contre le mari Blank sont donc recevables dans toutes leurs parties, de sorte qu'il y a lieu d'en examiner le mérite.

2. — La Cour civile constate d'une façon qui lie le Tribunal fédéral les faits suivants :

Dès l'été 1925 en tout cas et jusqu'à la faillite, le défendeur a vendu dans sa cave de la rue de la Poste non seulement du fromage en détail, mais encore du beurre, des œufs, du salami, du jambon roulé, du chianti, etc., denrée faisant l'objet du négoce repris par Thomas. Le commerce de fromage exploité par le sieur Berger au marché de Vevey dès l'été 1925 dépendait étroitement d'Ernest Blank. Dès le printemps 1926 le défendeur a participé à la vente en détail de marchandises faisant l'objet des commerces acquis par le demandeur, et cela sous le nom de dame Blank, tant au marché de Vevey que dans le magasin loué à la rue de la Poste, au mois de mars.

Par ces quatre groupes d'actes, le défendeur a indubitablement violé la clause prohibitive de concurrence insérée dans les contrats du 13 mars 1925 :

a) Cette clause est valable. Stipulée dans un contrat autre que le contrat de travail, elle n'est pas soumise aux restrictions édictées aux art. 356 et suiv. CO ; elle ne trouve ses limites que dans les principes généraux consacrés par les art. 19 et 20 CO et 27 al. II CCS. D'après la jurisprudence, ces principes sont notamment violés lorsque l'interdiction de faire concurrence enlève au sujet passif toute liberté de mouvement ou met en péril les fondements mêmes de son existence économique (RO 50 II p. 486 ; 51 II p. 222 et 440 ; Praxis 14 n° 123). Les contrats du 13 mars 1925 n'ont pas une pareille portée. La défense faite à Blank est raisonnablement limitée dans l'espace (Vevey et un rayon de 5 km.), dans le temps (3 ans) et quant à son objet (« établissements similaires à ceux vendus ») ; elle constitue la contre-valeur toute naturelle du prix élevé payé par le demandeur pour la clientèle des deux magasins.

b) La portée de la clause est claire. En s'interdisant « expressément de former ou de faire valoir directement ou indirectement aucun autre établissement similaire à celui vendu », le défendeur s'interdisait de vendre en

détail dans sa cave — local destiné à son commerce en gros — les denrées vendues dans les deux magasins remis à Thomas, une telle vente en détail étant de nature à conserver à Blank la clientèle par lui cédée à son successeur pour un prix élevé. Transformer son commerce en gros en commerce en détail revenait pratiquement à exploiter « un établissement similaire à ceux vendus ».

La vente sur le marché par l'intermédiaire de Berger allait aussi à l'encontre de l'interdiction..... Il est constant que Berger s'est installé au marché de Vevey peu après que Thomas eut décidé de vendre lui-même ses denrées sur le marché en se passant des services de Blank ; — que Berger a utilisé constamment le banc que Blank avait acheté précisément à la suite de sa rupture avec Thomas ; — qu'aussitôt que les marchandises et le matériel du failli eurent été rachetés par dame Blank et que celui-ci eut recommencé à faire personnellement le marché sous le nom de sa femme, Berger a cessé de vendre au marché ; — que Blank a initié Berger au commerce de fromage, qu'il a été son principal, sinon son unique fournisseur, qu'il a dressé le banc pour Berger le jour où celui-ci parut pour la première fois au marché et qu'il a commencé la vente, que dans la suite l'employé de Blank est venu deux fois aider Berger à dresser son banc ; — que Blank reconnaît lui-même avoir envoyé au banc de Berger de ses anciens clients qui se plaignaient de ne pas trouver chez Thomas la marchandise désirée ; — qu'en somme le commerce exploité au marché par Berger dépendait étroitement de Blank sans le concours duquel le premier n'eût pas pu s'installer.

Ces faits ne comportent qu'une seule conclusion, celle admise par l'instance cantonale, à savoir que Blank a gravement contrevenu à l'interdiction de faire concurrence à Thomas. Le défendeur objecte, mais à tort, qu'en déclarant la clause en question applicable à la vente au marché, on l'interpréterait extensivement alors qu'une interprétation restrictive serait seule admissible en cette matière. Ce n'est pas interpréter la clause

extensivement, mais raisonnablement si l'on considère le but que se proposaient les parties : empêcher que Blank garde ou reprenne la clientèle par lui vendue à Thomas. Le fromage est une denrée dont les ménagères peuvent fort bien réserver l'emplette aux jours de marché. En vendant du fromage au marché de Vevey, Blank enlevait par la force des choses à Thomas la clientèle ou du moins une partie de la clientèle cédée. Au reste la clause dont il s'agit interdisait à Blank non seulement de faire à Thomas une concurrence directe, mais aussi une concurrence indirecte. Or c'était créer une concurrence indirecte que d'installer Berger au marché et de manœuvrer de façon à faire croire au public que son successeur était en réalité ce nouveau marchand (cf. RO 51 II p. 438 et sv.).

Le défendeur ne conteste pas avoir vendu au marché dès le 27 mars 1926, mais conteste que la prohibition fût applicable. Cet argument se trouve réfuté par ce qui vient d'être exposé.

L'instance cantonale a enfin raison de voir une violation des engagements pris par Blank dans le fait que celui-ci a participé à la vente de fromage, d'œufs, etc. dans le magasin tenu par dame Blank depuis le 8 septembre 1926. En ce faisant — même comme simple employé — le mari Blank attirait son ancienne clientèle au détriment de Thomas. Etant donné l'étroite solidarité économique qui existe entre époux, fussent-ils séparés de biens, la qualité d'employé dont le défendeur se couvrait pour les besoins de la cause n'apparaît que comme un subterfuge destiné à masquer la violation de la clause d'interdiction de concurrence.

L'action négative de droit (dans la mesure admise par l'instance cantonale, — le demandeur ne conclut pas à la réforme du dispositif I du jugement cantonal) et l'action en réparation du dommage sont donc fondées à l'encontre du défendeur E. Blank. (Le quantum de l'indemnité sera déterminé sous ch. 4.)

3. — Les conclusions dirigées contre dame Blank

renferment aussi deux actions : une « negative Feststellungsklage » et une action en dommages-intérêts.

Le jugement cantonal, contre lequel le demandeur ne s'est pas élevé, déclare que c'est sans droit que la défenderesse a ouvert un commerce similaire à celui exploité par Thomas « dans les conditions réalisées en l'espèce », c'est-à-dire en créant par le fait de la collaboration de son mari « une confusion entre l'ancien commerce de celui-ci et le sien ». L'indemnité réclamée et allouée constitue la réparation du dommage causé au demandeur par l'ouverture dudit magasin.

La défenderesse n'ayant contracté aucun engagement envers Thomas, sa condamnation repose sur une autre base juridique que la condamnation du défendeur. L'instance cantonale a fait application des art. 2, II CCS, 41, II et 48 CO. Cette dernière disposition suffit à fonder juridiquement la demande. Il s'agit d'actes de concurrence et l'art. 48 vise d'une façon toute générale « les procédés contraires aux règles de la bonne foi » susceptibles de diminuer la clientèle d'un concurrent.

Sans doute ne doit-on pas aller jusqu'à dire (comme le font certains auteurs allemands, v. ROSENTHAL, Commentaire de la loi allemande sur la concurrence déloyale § 1 note 113 et sv.) que toute incitation à une violation contractuelle à l'encontre d'un concurrent est un procédé contraire aux règles de la bonne foi. On ne peut ériger en principe qu'un commerçant n'a pas le droit d'engager un employé, sachant que ce dernier en travaillant pour lui viole une clause de prohibition de faire concurrence à son ancien patron ou à celui auquel il a remis son commerce. Ce serait conférer une portée absolue au droit simplement relatif qui découle de la clause d'interdiction de concurrence (cf. RO 52 II p. 376 et sv. ; dans Archiv für die civil. Praxis, 1927, nouv. série vol. 7 p. 257 et sv., l'article « Reverssystem und Aussenseiter » du professeur Hans REICHEL, analysant et approuvant la jurisprudence du Tribunal fédéral). Mais ce qui est

licite en principe peut devenir illicite parce que contraire aux règles de la bonne foi dans les circonstances particulières du cas concret.

Il en est ainsi dans la présente espèce. Le concurrent n'est pas un tiers quelconque, c'est la femme de celui qui a signé la clause prohibitive et qui, en compensation, a touché la somme considérable de 22 000 fr. dont la défenderesse a vraisemblablement joui. Et dame Blank ne tenait pas boutique au moment où le défendeur a pris l'engagement envers Thomas, elle a ouvert son commerce dans la suite, à proximité immédiate du magasin principal du demandeur, aux seules fins de permettre à son mari d'éluder la clause qui le liait et de conserver de la sorte la clientèle par lui cédée à prix d'argent. Quant au défendeur, il n'a pas dans le négoce de sa femme la position d'un employé qui n'entre point en rapport avec les clients ; l'instance cantonale constate qu'il « se comporte, aux yeux de la clientèle, de la même façon dans le magasin ouvert au nom de dame Blank qu'il le faisait dans son précédent commerce de détail ». La défenderesse prétend, il est vrai, que cette constatation est contraire aux pièces du dossier, mais ce grief échappe à l'examen du Tribunal fédéral, les déclarations des témoins entendus n'ayant pas été verbalisées. Au reste, l'exploitation du commerce par la défenderesse ne se conçoit point sans le concours du mari, ni sans l'apport de sa clientèle. (Dans un cas analogue le Tribunal d'Empire allemand a admis le caractère déloyal d'une concurrence, encore que les circonstances eussent été moins graves qu'en l'espèce actuelle, et la doctrine a approuvé cet arrêt ; v. Entsch. des Reichsger. in Zivilsachen vol. 81, nouv. série 31 p. 86 et sv. ; KOHLER, Der unlautere Wettbewerb p. 274). Dame Blank ne saurait évidemment être privée du droit même d'ouvrir un négoce similaire à celui exploité par le demandeur, fût-ce à Vevey, voire à la rue de la Poste ; mais il lui est interdit d'y faire participer son mari, dans le rayon fixé

par les contrats du 13 mars 1925, de manière que l'enseigne à son nom serve simplement de masque à l'activité prohibée du mari. Il y a entre la présente affaire et la cause *Prince* contre *König*, jugée par le Tribunal fédéral le 4 avril 1927 (arrêt invoqué par la défenderesse), une différence essentielle : le concours prêté par celui qui s'était lié par la clause d'interdiction de concurrence était purement manuel et occasionnel, ce qui n'est pas le cas du défendeur.

4. — Reste à déterminer le dommage.

Les défendeurs critiquent le jugement cantonal qui met la totalité du dommage à leur charge à tous deux sans tenir compte du fait qu'un seul des quatre groupes d'actes de concurrence retenus contre le défendeur pourrait être imputé à dame Blank, en tant que concurrence déloyale, à savoir l'exploitation du magasin loué en mars 1926 ; d'où il suivrait que la quotité du dommage à réparer par chacun des défendeurs ne devrait pas être la même. Cette argumentation semble juste à première vue, mais à regarder les choses de plus près on constate que le défendeur a déjà versé sous forme de dividende de faillite la somme de 1525 fr. 80 que l'on peut considérer comme correspondant au dommage par lui causé sans la complicité de sa femme. En outre et surtout, les différents groupes d'actes de concurrence n'ont pas, en réalité, causé des dommages distincts, mais un seul et même dommage : la perte par Thomas d'une partie de la clientèle à lui cédée en mars 1925. Si l'on pouvait dissocier les divers éléments du préjudice, on devrait imputer la perte de clientèle au premier chef à l'ouverture du magasin de dame Blank ; l'espace d'un mois qui sépare cet événement de l'introduction du procès suffisait pour faire prendre aux clients le chemin du nouveau magasin tout proche de l'ancien.

Il convient toutefois de relever que les défendeurs ne sont pas à proprement parler solidaires ; ils répondent envers le demandeur du même dommage, le mari en

vertu d'un contrat, la femme en raison d'actes illicites. Le demandeur peut réclamer à l'un ou à l'autre, à son choix, la réparation du préjudice, mais ce que l'un des débiteurs paie ne peut plus être réclamé à l'autre. On est dans un cas de « solidarité imparfaite » (unechte Solidarität) qui résulte du concours des responsabilités et dont les effets à l'égard du demandeur sont pratiquement les mêmes que ceux de la solidarité, à l'exception du délai de prescription, la dette n'étant pas indivisible (art. 136 CO ; cf. RO 38 II p. 622 ; VON TUHR, p. 34 et p. 364 et sv.).

Quant au montant des dommages-intérêts, il n'y a pas de motif de s'écarter du chiffre fixé *ex aequo et bono* par l'instance cantonale au quart du prix payé par Thomas pour la clientèle des deux magasins. Cette appréciation tient équitablement compte des circonstances de la cause, notamment du fait qu'une partie de la perte de clientèle doit être attribuée à l'inexpérience du demandeur dans le genre de commerce dont il s'agit.

Par suite de la condamnation des défendeurs à payer la somme de 3974 fr. 20 avec intérêts à 5% dès le 13 octobre 1926, l'acte de défaut de biens délivré au demandeur pour la somme de 2474 fr. 20 devient sans objet, car ce montant est compris dans l'indemnité allouée.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral

rejette les deux recours et confirme le jugement de la Cour civile vaudoise dans le sens des considérants du présent arrêt.